

# O Código Civil Alemão - Adolescente ou ancião?

(por ocasião do dia 11 de janeiro de 1993)

Michael R. Will

Professor na Universidade de Genebra

Tradução de Peter Naumann, revista pelo autor e por Jorge Cesa Ferreira da Silva

Todos sabem que os códigos do Brasil e da Alemanha estão, sob múltiplos aspectos, próximos um do outro. Essa proximidade não se esgota no fato das raízes de ambos remontarem até séc. XIX adentro. Há também um interessante ponto de intersecção temporal na Suíça: em 11 de janeiro de 1893, Antonio Coelho Rodrigues, que buscara inspiração nas idéias então dominantes na Alemanha e em Zurique, encerrou a redação do seu projeto<sup>1</sup> aqui em Genebra. O projeto não ficou a salvo do tiroteio da crítica, sobretudo da parte de Ruy Barbosa, preceptor em questões de vernaculidade. Isso custou muitos anos, e assim se explica que o Código Civil brasileiro foi elaborado na mesma época do alemão, mas promulgado apenas vinte anos mais tarde.

Ora, desde que cultivo um contato especialmente amistoso com a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, os seus professores e estudantes, não foi somente o Código Civil do Brasil, tão próximo e por outro lado tão estranho, que me fascinou, mas sobretudo a sua reforma, em que teve participação destacada um dos grandes homens dessa faculdade, o Prof. Dr. Clóvis V. do Couto e Silva<sup>2</sup>, comparatista de categoria internacional, que infelizmente nos deixou muito cedo. Por que esse projeto de 1975, aprovado em 1984 pelo Senado<sup>3</sup>, está engavetado há mais de uma década, sem que se tome conhecimento dele?

Várias explicações foram dadas. Mencionou-se, sobretudo, a necessidade de esperar pela nova constituição. Mas será que o *Code Napoléon* de 1804 não sobreviveu incólume

a todas as constituições, sem falar aqui do Código Civil alemão?

O Código Civil alemão de 1896, que entrou em vigor no início do século, está hoje com 94 anos. É um ancião, se o compararmos com o *Codice Civile Italiano*, com o adolescente Código Civil português ou mesmo com o recém-nascido código holandês, mas é um jovem na flor da idade, se o compararmos com o *Code Napoléon*, que tem o dobro da sua idade.

Esse BGB [*Bürgerliches Gesetzbuch*, sigla doravante usada - o tradutor] sobreviveu a várias tempestades políticas, flexível como uma taquara: funcionou durante 18 anos sob o governo do imperador alemão (1900-1918), depois durante 14 anos na República de Weimar (1919-1933), durante 12 anos no Terceiro Reich (1933-1945), durante 30 anos na República Democrática Alemã (1945-1975). Confinado desde 1976 ao Ocidente, isto é, à República Federal da Alemanha, ele está vivendo atualmente um *comeback* inesperado no Leste, pois em outubro de 1990 o concorrente - o código civil da RDA - falece repentinamente, junto com a ideologia que o produziu.

Desde então o BGB volta a ter novamente vigência para toda a Alemanha com a sua população aumentada para cerca de 80 milhões de habitantes.

Durante um momento - entre a queda do Muro de Berlim e a reunificação - alguns sonharam com um novo BGB pan-alemão, que absorveria a redação popular e alguns conteúdos progressistas como conquistas da pregressa época socialista: o direito contratual mais simples; a responsabilidade civil

geral por ilícitos com inversão do *onus probandi* no caso da culpa; a eliminação de todo e qualquer regime especial para filhos naturais; uma regulamentação razoavelmente limitada do direito sucessório e do direito à legítima, sendo que este último estaria, se possível, acoplado às obrigações alimentícias. Em duas palavras: conquistas, cujo valor positivo sempre reconhecemos diante dos nossos colegas orientais, às vezes talvez com uma pontinha de inveja.

Inversamente esperava-se no Leste que ao menos a Lei dos Contratos Comerciais Internacionais de 1976 seria estendida a todo o mercado interno alemão<sup>4</sup>.

Mas hoje esse belo sonho já se desvaneceu há muito tempo<sup>5</sup>. Para onde quer que olhemos, não vemos nenhum indício de que possa ocorrer uma revisão maior do BGB até o ano 2000, quer dizer, até o seu centésimo aniversário. Ao menos nada indica que possa ocorrer uma revisão completa à maneira de uma refundição do BGB, na qual hoje ninguém está pensando. Mas uma revisão parcial? Talvez ela seja possível. Talvez também seja possível apenas uma mini-revisão, bem localizada no Direito Geral das Obrigações. E que pensar de uma enxurrada de outras leis especiais na periferia? Sim, isso é plausível, pois isso acontece rapidamente, e o nosso legislador está cada vez mais apressado. E que dizer de um código civil europeu moderno no lugar do velho e bom BGB (à semelhança de um instável *ecu* no lugar do marco estável)?

Será que os nossos netos e bisnetos ainda haverão de conhecê-lo?

Poderíamos perguntar agora: será que esse código, herdado do séc. XIX, não já esgotou a sua utilidade? Será que os tempos não são maduros para uma reforma abrangente? Por que os alemães não deveriam emular os holandeses, que fizeram entrar em vigor, no início de 1992, um novo *Burgerlijk Wetboek* [Código Civil], depois de trabalhos preparatórios de cinquenta anos?<sup>6</sup>.

Mas justamente o exemplo holandês - poderíamos mencionar também o exemplo brasileiro de 1984, que ficou a meio caminho - alimenta dúvidas quanto à capacidade

criativa e ao fôlego da nossa geração para o grande lance. No nosso próprio país conhecemos um número suficiente de projetos reformistas abandonados. O mais recente deles é o quarto projeto do Ministério da Justiça sobre o direito de indenização por danos, de janeiro de 1967. Por essa razão podemos imaginar com maior facilidade um processo constante e progressivo da adaptação e da mudança em planos distintos e com meios distintos: teríamos então uma espécie de revisão permanente ao invés de uma revisão total de uma só vez?

Lembremos, primeiramente, que os juízes alemães nunca entraram no gozo de um crédito de confiança similar ao concedido, por exemplo, aos seus colegas suíços, que devem, graças a essa célebre *carte blanche* do artigo 1, II, do seu código civil, preencher as lacunas na lei de tal modo, como se eles mesmos fossem os legisladores. Muito pelo contrário: pode-se constatar entre nós uma desconfiança enraizada há muito tempo: o legislador alemão tradicionalmente não gosta dos juízes e procura colocar-lhes a coleira, onde isso é possível. Um exemplo clássico está na cláusula geral de responsabilidade civil por ilícitos: depois de um vaivém prolongado, ela foi rejeitada pelos pais fundadores do BGB, pois eles temiam - de olho na *praxis* judicial francesa relativa aos artigos 1382, 1383 do *Code civil* - pela garantia da certeza do direito. Assim os juízes alemães dispõem, além do instrumental tradicional - da interpretação literal, da redução teológica e da analogia - somente de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, para adaptar-se às mutantes circunstâncias de tempo e aos valores igualmente mutantes: aqui se pensa sobretudo no "bom costume" [*Gute Sitten*] (BGB, §§ 138 e 826) bem como na figura da "boa-fé" [*Treu und Glauben*] (BGB, §§ 157 e 242). De início parece ter havido pouca consciência acerca do potencial benéfico desses artigos dispersos e flexíveis<sup>7</sup> que se tornaram paulatinamente uma verdadeira fonte de *equity law*. Pois como os magistrados de outras partes do mundo, os juízes alemães também não permitiram que se lhes pusesse a coleira.

Com ajuda dessa fórmula da boa-fé eles criaram novas figuras jurídicas, quando a necessidade para tal se impunha (assim por exemplo a *culpa in contrahendo*, a supressão da base do negócio jurídico" [*Wegfall der Geschäftsgrundlage*], o "abuso do direito [*unzulässige Rechtsausübung*], a "perempção" [*Verwirkung*]\*. Essas cláusulas gerais, que entrementes são consideradas como verdadeiramente típicas do estilo judicial alemão [*stiltypisch*], prestam-se muito bem para rejuvenescer a codificação alemã em constante adaptação aos novos tempos ou, como foi dito de forma elegante, para "garantir ao BGB um suave processo de envelhecimento"<sup>8</sup>.

Menos bonito - e por assim dizer o reverso sombrio da medalha - é, no entanto, o potencial de abuso, já comprovado mais de uma vez. Poderíamos dizer a título de gracejo que a cláusula geral é como o sorriso de uma dama, que recebe sucessivamente todos os cavalheiros: os monarquistas, os republicanos, os fascistas, os comunistas, os democratas, os liberais e quantos mais possa haver. E se amanhã fosse proclamada a República Islâmica na Alemanha, não haveria por que temer pelo futuro do BGB: de um dia para outro as cláusulas gerais garantiriam a ortodoxia desejada.

Com efeito essas cláusulas gerais serviram sucessivamente aos potentados nazistas e comunistas - e de maneira impecável, do ponto de vista do método. Assim a Corte Suprema do Reich decidiu em 1943 que

"... A visão de mundo do nacional-socialismo, ancorada nas leis da vida e dos costumes do povo alemão, reveste-se de validade geral para a interpretação e avaliação de leis e contratos existentes, e é a partir dela que se define o conteúdo dos conceitos de boa-fé (§§ 157 e 242 do BGB) e do bom costume (§§ 136 do BGB)".<sup>9</sup>

Mal passara a fantasmagoria nazista, os tribunais operantes na Alemanha Oriental, dóceis ao regime de sucessão, colocaram nos odres velhos os seus "princípios da moral socialista" e as "necessidades da convivência socialista". E não obstante a adaptação do Direito Privado, destarte promovida,

não parecia satisfazer permanentemente nenhum desses dois regimes. Tanto numa quanto na outra área de poder havia necessidade de uma recodificação mais condizente com as demandas dos cidadãos. Mas enquanto o código do Terceiro Reich (*Volksgesetzbuch* [Código do povo]) permaneceu sendo um projeto, em virtude da guerra, o código civil da RDA pôde entrar em vigor em 1976, depois de 25 anos de trabalhos preparatórios, e ter vigência durante 15 anos - como único exemplo de uma "revisão" do BGB alemão, inicialmente bem sucedida e por fim de pouca duração.

Se hoje ninguém exige uma revisão total do BGB, que, conforme se admite, envelheceu a ponto de ficar muito vasto [*unübersehbar*], isso se deve creditar a essa "revisão permanente", que os legisladores e os tribunais efetuaram de mãos dadas durante décadas a fio. Nessa "revisão permanente" delineiam-se com nitidez cada vez maior as influências internas e - em medida crescente - as influências internacionais.

## I. Influências internas

Ressaltemos apenas dois aspectos relativos às influências originadas da esfera interna. O primeiro consiste no que se chama na Itália - segundo um termo de Natalino Irti - *decodificazione*; o segundo diz respeito ao que os Estados Unidos da América nos trouxeram depois da Segunda Guerra Mundial: a irrupção da constituição no Direito Privado. E não é raro encontrar os dois aspectos juntos: a constituição, que faz com que uma norma pareça ser questionável, e depois a *decodificazione* como instrumento comprovadamente eficaz da reforma.

### 1. Decodificazione

No fenômeno da *decodificazione*, apenas o nome é novo.

Ela já tinha iniciado na Alemanha nos anos que precederam a codificação, numa época, na qual o desenvolvimento técnico e social e, com isso, a necessidade de proteger especialmente os mais fracos, já se delineava com clareza no horizonte.

Nessa época, em 1889, Otto von Gierke advertiu com grande capacidade premonitória do que ele chamava de "erro fatal", a saber,

"abandonar a obra social à leis especiais, para poder configurar o Direito Privado Comum de forma puramente individualista, sem ser incomodado pela tarefa assim delegada."<sup>10</sup>

Foi isso que aconteceu, no entanto. Sem demorar-me mais tempo no Direito Trabalhista, que se autonomizou pouco mais tarde em termos materiais, bem como processuais, lembro apenas duas áreas, que foram percebidas - sem que se pudesse vencer essa sensação - como situações de exceção: a proteção contra os perigos advindos do poderio econômico excessivo (proteção ao consumidor) e por outro lado a proteção contra os perigos da técnica (responsabilidade objetiva).

No primeiro caso preferiu-se desalojar as operações de crédito ao consumidor completamente do BGB (Lei sobre os contratos de vendas a prazo [*Abzahlungsgesetz*] de 1894 com atualizações de 1969, 1974 e 1976). Esse método de criação de Direito Privado à margem do código foi seguido fielmente até os nossos dias; pensemos apenas no caso da regulamentação fundamental do direito das condições gerais de contratos [Lei AGB] de 1976.

No segundo caso, repugnava a uma "consciência jurídica" alegadamente "alemã" incluir no BGB a responsabilidade estrita por riscos advindos do transporte ferroviário. Essa responsabilidade tinha sido estabelecida há muito tempo e ficou banida na legislação especial (Lei do Reich Sobre a Responsabilidade Civil [*Reichshaftpflichtgesetz*] de 1871, hoje Lei Sobre a Responsabilidade Civil [*Haftpflichtgesetz*] de 1978), assim como desde então a responsabilidade sem culpa por todas as outras fontes possíveis de riscos elevados foi posta de caso para caso em leis especiais: nos meios de transporte (automóvel, 1909; avião, 1922), no abastecimento energético (eletricidade e gás, 1943; energia nuclear, 1959; vapor e

líquidos, 1978), na fabricação (produtos farmacêuticos, 1976 e engenharia genética, 1990 especificamente, todos os produtos genericamente em 1989), no meioambiente (gerenciamento de recursos hídricos 1957, impactos ambientais genericamente em 1989) - e a fila das leis especiais se encomprida com rapidez cada vez maior<sup>11</sup>.

No início alguns ainda pensavam em conservar a pureza dos princípios na grande codificação do Direito Privado - acolá o princípio da liberdade de contratar, aqui o princípio da responsabilidade por culpa. Mas em que essas normatizações deveriam fundar-se hoje?

## 2. Constituição

Diante da fuga para o Direito Privado especial a irrupção da constituição na própria codificação configura um fenômeno completamente novo da segunda metade do nosso século. A Itália, a Espanha e Portugal conhecem-no. Na República Federal da Alemanha essa evolução iniciou com a Lei Fundamental [*Grundgesetz, GG*] de 1949 e a instituição de uma jurisdição constitucional. A constituição de Weimar, de 1919, não tinha deixado nenhum rastro no BGB. Mas desde os anos 50 o imperativo dos direitos iguais das mulheres (§ 3, II, do GG) e dos filhos ilegítimos (§ 6 V do GG) fizeram com que o estoque de normas relativas ao Direito Familiar e Sucessório, contido no quarto e no quinto livro do BGB, fosse literalmente resolvido: divórcio em virtude da falência da união matrimonial [*Zerrüttungsscheidung*], compensação dos aqüestos [*Zugewinnausgleich*], ajuste das expectativas de pensões dos cônjuges [*Versorgungsausgleich*], nome de família, guarda paternal, adoção, redução do limite de maioridade, direito do filho natural ao recebimento da cota hereditária em dinheiro [*Erbersatzanspruch*] e compensação sucessória antes do tempo [*vorzeitiger Erbausgleich*] - uma série de regulamentações novas e muitas vezes também novas figuras jurídicas<sup>12</sup>.

Em parte o legislador cumpriu espontaneamente a terefa da constituição, em parte

a Corte Constitucional Federal evocou-lhe com suavidade maior ou menor - às vezes com fixação de prazo<sup>13</sup> - um imperativo constitucional ou extinguiu simplesmente a vigência de artigos novos bem como mais antigos do BGB<sup>14</sup>; em parte ele mesmo<sup>15</sup> ou outros tribunais enveredaram pelo caminho de uma assim chamada interpretação conforme a constituição.

Mesmo o passo extremamente ousado de um desenvolvimento do direito *contra legem*, orientado segundo os direitos fundamentais, já foi avalizado há vinte anos pela Corte Constitucional Federal. Na mesma época importava conceder, contra o teor literal do § 253 do BGB, ressarcimento em dinheiro também para danos imateriais no caso de graves lesões da personalidade. A Corte Constitucional Federal afirma que, em termos bem gerais,

"O envelhecimento das codificações (...) faz crescer necessariamente a liberdade do juiz de desenvolver criativamente o direito;" e ela afirma ainda, atenuando as preocupações, que surgem com relação à separação dos poderes, que a experiência ensina que

"as reformas legislativas chocam-se com dificuldades e obstáculos especiais justamente quando elas devem levar a modificações de uma das grandes obras legislativas, que cunham a imagem do ordenamento jurídico na sua totalidade como a codificação do Direito Privado no BGB."<sup>16</sup>

*Contra legem*, e em última instância também *contra naturam*. Como é que os pais fundadores do BGB podiam prever que a nossa técnica médica poderia um dia converter homens em mulheres e mulheres em homens e que a moral social haveria de tolerar que o mandamento divino de dominar o mundo fosse levado a esse extremo. Por isso a lei alemã sobre os transsexuais, [Transsexuellengesetz] de 1980, forçada pelos juízes perante a Corte Constitucional Federal e perante a Corte das Comunidades Europeias de Direitos Humanos, não constituirá por muito tempo - à semelhança do seu *pendant* italiano, que é apenas dois anos

mais jovem<sup>17</sup> - o único exemplo de como as duas influências operam conjuntamente, deslançando a revisão: a influência da constituição e a descodificação.

## II. Influências internacionais

As influências das esferas supranacional e internacional são de data mais recente do que essas influências advindas da esfera do ordenamento jurídico interno.

### 1. Direito europeu

No fim dos anos 50 o BGB passou a sentir muito rapidamente os efeitos da *incoming tide* do direito europeu, oriundos de alturas supranacionais. Mas o direito comercial e societário europeu, que estava em vias de constituição e mudou o *Codice Civile* italiano tão duradouramente, deve ser deixado de lado aqui. Não se pode afirmar que ele não tenha deixado vestígios na Alemanha. O contrário foi o caso. A razão está no simples fato de que a matéria está codificada em separado na Alemanha, quer dizer, não no BGB, à diferença do caso italiano e suíço<sup>18</sup>.

Para o nosso BGB trata-se, portanto, em primeiro lugar, do direito europeu para a proteção dos assalariados e dos consumidores, em vias de constituição<sup>19</sup>.

No Direito Trabalhista - para começar com ele - a aplicação direta do art. 119 do Tratado de Constituição da CEE ("remuneração igual para o homem e a mulher") também é ponto pacífico na relação individual de trabalho entre o empregador e o empregado: trata-se de direito comunitário primário. A diretiva da CE 76/207 - baseada nele e um assim chamado direito comunitário secundário, derivado do primário - foi cumprida na Alemanha em 1980 de tal modo que foram inscritos no BGB os §§ 611 a e 611 b<sup>20</sup>, que concedem a um assalariado eventualmente discriminado a pretensão à indenização por danos.

O aspecto infeliz dessa regulamentação residu apenas no fato de ela ser tão apertada e não abranger mais do que o dano de confiança [Vertrauensschaden], quer dizer,

apenas o interesse negativo, não o positivo (o assim chamado parágrafo do porte postal). Daí pouco mais tarde a crítica inequívoca da Corte das Comunidades Europeias de 1984, de que a sanção não estaria numa relação adequada ao dano sofrido, devendo ser considerada apenas como sanção simbólica. Quando, não obstante, o legislador alemão não fez nenhum esforço no sentido de reparar a implementação reconhecidamente insuficiente - e não se esqueça que isso ocorreu 13 anos após a promulgação da diretiva -, o Tribunal Federal do Trabalho começou em março de 1987 a interpretar as normas do BGB conforme a diretiva. No caso concreto estava em jogo um emprego numa pensão de animais. Uma candidata não foi aceita, pois a atividade seria muito perigosa e a contratação de uma mulher não estaria, por conseguinte, prevista. O tribunal viu nisso uma depreciação das qualidades profissionais da candidata e constatou a ocorrência de uma grave intervenção na sua personalidade. A título de ressarcimento pelos seus danos imateriais, ela teria direito a uma importância em dinheiro correspondente a um salário mensal, conforme §§ 823 I, 847, em combinação com §§ 1 I, 2 I, 3 II da Lei Fundamental<sup>21</sup>.

Estamos aqui diante de irrupções claras do Direito Trabalhista Europeu no BGB, logradas com o método da "interpretação conforme a diretiva"<sup>22</sup>.

Talvez ainda não possam ser constatados com tanta nitidez os efeitos no direito europeu de proteção ao consumidor, onde as duas diretivas principais - uma relativa à responsabilidade do produtor, a outra relativa ao crédito ao consumidor - deslançaram, por sua vez, um Direito Privado especial (*decodificazione*).

A Lei de crédito ao Consumidor [Verbraucherkreditgesetz] de 1990 é uma dessas "conquistas" fracamente motivadas pelo direito europeu<sup>23</sup>, forçadas contra o tão decantado princípio de subsidiaridade pela Comissão e pelo Conselho de Ministros em Bruxelas, que iniciaram com a Lei sobre a Anulação de Venda a Domicílio [Haustürwiderrufsgesetz] de 1986 e prosseguem com as

regulamentações sobre as viagens organizadas, bem como sobre as cláusulas abusivas [missbräuchliche Klauseln] em contratos com os consumidores<sup>24</sup> - o que afetará o BGB muito mais profundamente. Essa Lei de Crédito ao Consumidor substituiu a já mencionada e quase centenária Lei do Pagamento a Prazo de 1894, e isso bem de acordo com a tradição: fora do BGB<sup>25</sup>.

No entanto, a Lei sobre a Responsabilidade do Produtor [Produkthaftungsgesetz], de 1989, promete produzir efeitos muito mais duradouros sobre o BGB, embora o seu § 15 Abs. 2 deixa expressamente intacta a responsabilidade tradicional por ilícitos, introduzindo, porém, assim também um problemático duplo regime [Doppelspurigkeit] prenhe de problemas. Essa Lei sobre a Responsabilidade do Produtor apresenta, como se sabe, lacunas de proteção, como elas não existiram até agora: uma quantia máxima relativa à responsabilidade de 160 milhões de marcos alemães no caso de danos de coisas [Sachschäden], uma franquia de 1125 marcos alemães no caso de danos de pessoas, a exclusão de danos imateriais, para mencionar apenas algumas dessas lacunas.

Será que essas lacunas devem ser preenchidas agora com o direito jurisprudencial rigoroso praticado até o momento e será que se pretende com isso - em benefício da vítimas - neutralizar de fato o fim dessa harmonização do direito? Ou será que se pretende, inversamente - para atingir a harmonia jurídica em toda a Europa -, abandonar o direito jurisprudencial já praticado há tanto tempo e com êxito a partir do § 823 do BGB<sup>26</sup>. E, para além disso, o que vale para todo o direito comunitário primário ou secundário absorvido pelo BGB: a palavra final não é mais proferida pelos tribunais alemães, mas pela Corte da União Europeia!

### 2. Direito internacional

Os impulsos oriundos de fora da União Europeia podem partir de todas as organizações internacionais possíveis.

Assim, para mencionar duas influências diretas, um acordo de 1962, gestado no seio do Conselho em Estrasburgo, tornou mais rigorosa a responsabilidade civil do estalajadeiro [*Gastwirtschaftung*] (§§ 701-702 do BGB) e a convenção sobre a forma testamentária de 1961, negociada na Conferência sobre Direito Internacional Privado em Haia, definiu o perfil do generoso § 26 EGBGB [*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* = Lei de Introdução ao Código Civil]. Mas essas correções esporádicas pesam pouco em comparação com os impulsos mais indiretos, mais amplos, tais como partem já agora com toda nitidez da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que foi assinada em 1980 depois de cinquenta anos de trabalhos preparatórios no âmbito de UNCITRAL e obteve êxito no mundo inteiro. Se no futuro próximo ou distante uma certa reação do BGB se tornasse atual, existiria, com efeito, a chance de reunir novamente duas áreas do direito hoje muito distantes: o direito dos contratos nacionais de compra e venda de mercadorias e o direito dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

Revisão abrangente do BGB, portanto? - Dificilmente. Uma pequena revisão? - Talvez. Pois o legislador em geral atualizou durante décadas o estritamente necessário, embora com atrasos demasiado frequentes, sem escrúpulos sistemáticos e fora do corpo do código; e o juiz manipulou as suas cláusulas gerais e atingiu, pela via da interpretação conforme a constituição, finalmente a interpretação conforme o direito europeu. Uma "revisão permanente", portanto, que contudo não pode satisfazer todos os desejos.

Por isso já se pensa há mais de quinze anos no Ministério da Justiça sobre uma revisão, não de todo o BGB mas do importante Livro Dois sobre o Direito das Obrigações. Estimulados por essa idéia, foram elaborados em andamento rapidíssimo 24 pareceres de professores e práticos<sup>27</sup>. Em fevereiro de 1984 foi criada uma "Comissão

para a Atualização do Direito das Obrigações", composta por 16 membros<sup>28</sup>. Depois de quase oito anos de trabalho, ela apresentou em novembro de 1991, o seu relatório conclusivo<sup>29</sup>. Limitar-me-ei a três observações a seu respeito.

Em primeiro lugar, não devemos tomar ao pé da letra o termo no título "Direito das Obrigações". Na realidade, as propostas se restringem a três áreas:

- ao caos notório dos prazos de prescrição,
- ao direito geral das más execuções de prestações [*Leistungsstörungen*] e
- ao direito especial de garantias na compra e venda e na empreitada [*Werkvertrag*].

Em segundo lugar, no que diz respeito aos últimos dois itens, as propostas orientam-se bem de acordo com o modelo do direito unitário de compra e venda da ONU, simplificando assim as duas regulamentações: as especiais, relativas à compra e venda, e as gerais, relativas ao contrato de obrigações [*Schuldvertrag*]. Isso significa por um lado, que as três figuras tradicionais da má execução [*Leistungsstörung*] (impossibilidade, mora e violação positiva do contrato [*positive Vertragsverletzung*]) devem ser reunidas numa só categoria denominada "violação dos deveres", [*Pflichtverletzung*]. Isso significa, outrossim, que não deverá mais existir um direito especial de garantias na compra e na empreitada. No seu lugar deverá existir a favor do comprador uma pretensão de sucessivo adimplemento [*Nacherfüllungsanspruch*] e a favor do vendedor um direito à "segunda entrega" [*zweite Andienung*], a compra aproxima-se assim da empreitada. Terceira e última observação: não importa quão sedutoramente simples essas propostas pareçam ser - a idéia jurídica [*juristischer Einfall*] necessita ainda da implementação política! Mas qual o político, qual o governo, aos quais novas normas do Direito das Obrigações pudessem trazer os votos de novos eleitores? Vejamos o problema em termos matemáticos: no ano 1800 uma comissão de quatro membros apresentou, depois de quatro meses de trabalho, o projeto do *Code Napoléon* inteiro, que entrou em vigor quatro anos mais tarde. Aqui

uma comissão de dezesseis membros apresentou o seu miniprojeto depois de oito anos de trabalho. Pergunta-se: quando ele entrará em vigor?

Portanto, devemos munir-nos de paciência e satisfazer-nos, na ocorrência do caso, com êxitos graduais, assim por exemplo com uma nova regulamentação dos prazos de prescrição por enquanto.

Depois de tudo isso, praticamente não se pode esperar uma revisão maior do BGB<sup>30</sup>, muito menos ainda a "despedida do BGB", com a qual se acena aqui e ali<sup>31</sup>. Mas podemos encarar também com a mesma simpatia e serenidade a concorrência de um "Código Europeu de Direito Privado", já exigido há três anos pelo Parlamento Europeu<sup>32</sup> ou a concorrência de um *codice europeo dei contratti*, correspondente ao *Libro Quarto do Codice Civile*<sup>33</sup>. Podemos colaborar, cheios de esperança, com essas iniciativas. Embora o jurista nunca deva fazer as vezes do profeta, é previsível que o BGB, que está perto de festejar o seu centésimo aniversário - como ancião ou adolescente -, haverá de passar o ano 2000 em boa forma e sobreviver sem dificuldades a todos nós!

Podemos esperar com curiosidade o ano 2016, para saber em que pé estará então o Código Civil brasileiro...

## Notas

<sup>1</sup> Pontes de Miranda. "Introdução" à tradução alemã do Código Civil brasileiro. in: Heinsheimer, Karl. *Die Zivilgesetze der Gegenwart* [Os códigos civis da atualidade], vol. III: Brasil. Mannheim; Berlim; Leipzig, 1928, p. XXXVIII.

<sup>2</sup> V. Couto e Silva, Almiro do. Discurso proferido a 10 de agosto de 1992, na solenidade de abertura da Semana do Advogado, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul, denominada Semana do Advogado Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, bem como: Martins-Costa, Judith e Fradera, Vera Maria Jacob de, in: *Revue Internationale de Droit Comparé* 1993, 175-177.

<sup>3</sup> Diário do Congresso Nacional de 17 de maio de 1984, Suplemento ao nº 047.

<sup>4</sup> Cf. apenas Fritzsche, Ingo. *Aspekte deutsch-deutscher Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Zivilrechts* [Aspectos da harmonização do direito alemão ocidental com o

direito alemão oriental na área do Direito Civil]. in: *Kritische Justiz (Baden-Baden)*, 23 (1990), 162-170.

<sup>5</sup> Cf. Sturm, Fritz. *L'impact du Traité d'unification sur le droit privé de l'Allemagne unie*. in: *Journal du droit international (Clunet)* 1991, 7-26. Esse autor menciona também como a idéia de uma reintrodução apenas fragmentária do BGB na Alemanha Oriental (limitada, por exemplo, aos primeiros três livros, para salvar o próprio direito de família, o direito sucessório, o direito relativo ao estado civil e o direito processual civil) estava condenada à falência em breve; temia-se, com sobras de razão, a "colcha de retalhos" [*patchwork*] (pp. 12-13). Foram excetuados por fim apenas os §§ 616 II, III, 622 (contrato de trabalho) e 1706-1710 (direito à guarda com relação aos filhos ilegítimos).

<sup>6</sup> Cf. apenas Bydliniski, Franz et. al. (edd.), *Renaissance der Idee der Kodifikation* [O renascimento da idéia da codificação]. Viena; Böhlau, 1991, com contribuições de van Dijk, Hondius, Hartkamp e Vranken. Os três últimos trabalhos também foram publicados no *Archiv für die zivilistische Praxis* 191 (1991), 377-432.

<sup>7</sup> Mesmo um comparatista tão versado como Raymond Saleilles não dispensa nenhuma relação a esses artigos na sua *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, conforme anota Pedamon, Michel em *Le droit allemand*. Paris: PUF (*Que sais-je?* nº 2206), 1985, p. 40.

<sup>8</sup> Gernhuber, Joachim. § 242 BGB - *Funktionen und Tatbestände* [O artigo 242 do BGB - Funções e requisitos de uma ação cível]. in: *Juristische Schulung* 1983, 764-769, 764 col. dir.

<sup>9</sup> RG III, 28.1.1943, in: *Deutsches Recht* (Berlin) 1943, 610 nº 2. Cf. muitos exemplos documentados em Rüthers, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung - Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* [A interpretação ilimitada - Sobre a mudança do ordenamento do Direito Privado sob o nacional - socialismo]. Heidelberg, 1988, § 17, pp. 216-270. Cf. ainda Schlechtriem, Peter. *Grundgesetz und Vertragsordnung*, in: 40 Jahre Grundgesetz [40 anos de Lei Fundamental]. Heidelberg 1990, pp. 39-58, 50.

<sup>10</sup> von Gierke, Otto. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* [A tarefa social do Direito Privado]. Berlim, 1889. Reimpressão em Frankfurt, 1943, pp. 12 s.

<sup>11</sup> Cf. Will, Michael R. *Quellen erhöhter Gefahr* [Fontes de risco mais elevado]. Munique, 1980, 360 p.

<sup>12</sup> Aqui se trataria das únicas irrupções fundamentais na estrutura da nossa codificação do Direito Privado: eis o juízo de Wieacker, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* [História do Direito Privado na Idade Moderna]. 2ª ed. Göttingen, 1967, p. 524. [Nota do revisor: Há tradução portuguesa, intitulada *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. Trad. A. M. Botelho Hespanha]. Que isso tenha sido causado mais pela mudança social do que pela constituição (cujo § 3 II seria mais influente do que o § 6), é a opinião de Rainer Frank, exposta num iluminador estudo: *Die familienrechtliche Ordnung des Grundgesetzes* [O ordenamento do Direito Familiar na

Lei Fundamental], in: 40 Jahre Grundgesetz [40 anos de Lei Fundamental]. Heidelberg, 1990, pp. 113-136.

<sup>13</sup> Trata-se da assim chamada "decisão de apelo" [*Appell-Entscheidung*], como por exemplo *BVerfG* [Bundesverfassungsgericht] = Corte Constitucional Federal] 29.1.1969, *BVerfG* [Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts] = Coletânea das decisões da Corte Constitucional Federal] 25, 167 = *Njw* [Neue Juristische Wochenschrift] 1969, 597; cf. Schulte. *Deutsches Verwaltungsblatt* 1988, 1200.

<sup>14</sup> Por exemplo (em ordem cronológica): - §§ 1628, 1629 I (direito à guarda), BGBI. [*Bundesgesetzblatt* = Gazeta das leis federais: doravante sempre citado pela sigla. O tradutor] 1959 I 633 = *BVerfGE* 10,59 = *Njw* 1959, 1483; - § 1758 a I, II (Direito de Adoção), BGBI. 1966 I 65; *BVerfGE* 19,177 - *Njw* 1966,340; - § 1671 IV 1 (direito à guarda após o divórcio), BGBI. 1982 I 1596 - *BVerfGE* 61,358 - *Njw* 1983, 101; - § 1587 b III 1 hs. 1 (ajuste das expectativas de pensões entre cônjuges), BGBI. 1983 I 375 - *BVerfGE* 63,88 = *Njw* 1983, 1417; - § 1376 IV (avaliação na compensação dos aqüestros), BGBI. 1985 I 99 = *BVerfGE* 67,348 - *Njw* 1985, 1329; - § 1934 o (direito sucessório dos filhos ilegítimos), BGBI. 1987 I 757 = *BVerfGE* 74,33 = *Njw* 1987, 1007; - §§ 1593, 1598, 1596 I (contestação da legitimidade por maiores), BGBI. 1989 I 253 = *BVerfGE* 79,256 = *Njw* 1989,891; - § 622 (prazo de aviso prévio a operários), BGBI. 1990 I 1727 = *BVerfGE* 82,126 = *Njw* 1990, 2246; - § 1355 II 2 (nome de casal), BGBI. 1991 I 807 = *BVerfGE* 84,9 = *Njw* 1991, 1602.

<sup>15</sup> Por exemplo: § 1632 IV (restituição da criança para fins de mudança da família de criação), *BVerfGE* 75, 201 = *Njw* 1988,125, aperfeiçoado em *BVerfGE* 79,51 = *Njw* 1989,519.

<sup>16</sup> *BVerfG* 1, 14.2.1973, *BVerfGE* 34,269 (288-289) = *Njw* 1973, 1221 col. dir).

<sup>17</sup> Cf. a respeito Will, Michael R. *Geburt eines Menschenrechts* [O nascimento de um direito humano], in: *Ge-dächtnisschrift* Constantinesco. Colônia, 1983, pp. 911-941; Patti/Will. *Mutamento si sesso e tutela della persona*. Pádua, 1986; Vecchi, Paolo M. *Der Transsexualismus im deutschen und italienischen Zivilrecht* [A transsexualidade no Direito Civil alemão e italiano]. Frankfurt/Main, 1991.

<sup>18</sup> Cf. Lutter, Marcus. *Europäisches Unternehmensrecht* [Direito empresarial europeu]. 3ª ed. Berlim, 1991, 657 p., e *Das Gesellschaftsrecht auf dem Wege nach Europa* [o direito societário a caminho da Europa] (Simpósio de 24 a 25 de janeiro de 1992), in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1992, 265-453. Uma vez, em 1965, o § 1841 II 1 BGB foi modificado.

<sup>19</sup> Cf. genericamente Ulmer, Peter. *Von deutschen zum europäischen Privatrecht?* [Do Direito Privado alemão ao Direito Privado europeu?], in: *Juristen-Zeitung* 1992, 1-8; Remien, Oliver. *Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts* [Ilusão e realidade de um Direito Privado europeu]. in: *Juristen-Zeitung* 1992, 277-284.

<sup>20</sup> O § 613 do BGB remonta a uma outra diretiva, a saber à diretiva 77/187 sobre a transferência da empresa.

<sup>21</sup> Corte das Comunidades Europeias, 10.4.1984. Caso nº 14/83, Col. 1984,1891 (Colson e Kamann) e - cinco anos mais tarde - Tribunal Federal do Trabalho, 14.3.1989, *Njw* 1990, 65 = *JZ* 1990, 43 (artigo de resenha Beyer/Möllers 24-30). Cf. a propósito também Hommelhoff, Peter, *Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung* [Direito Civil sob a influência da harmonização do direito na Europa]. in: *Archiv für die zivilistische Praxis* 192 (1992), 71-107, especialmente 95-98.

<sup>22</sup> Maiores detalhes em Everling, Ulrich. *Zur Auslegung des durch die EG-Richtlinien angeglichenen nationalen Rechts* [Para a interpretação do direito nacional adaptado através de diretivas da CE], in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1992, 376-385.

<sup>23</sup> Assim também Hauschka, Christoph E. *Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft* [Problemas fundamentais do desenvolvimento do Direito Privado pela Comunidade Econômica Européia]. In: *Juristen-Zeitung* 1990, 521-532 (528).

<sup>24</sup> Diretiva 90/314 de 13.6.1990, J.O. 1990 nº L 158/59 (viagens organizadas) e diretiva 93/13 de 5.4.1993, J.O. 1993 nº L 95/29 (cláusulas abusivas), cf. para tal Hommelhoff (supra nota 21) 82-86, 90-94. No direito relativo às viagens surge agora novamente a ameaça da *decodificazione*, cf. Tonner in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1990, 409 e, muito mais diferenciado, Hommelhoff 85-86; no Direito das Condições Gerais dos Contratos ela provavelmente nos será conservada, cf. a publicação mais recente de Weil/Plus, *Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu...*, in: *Revue internationale de droit comparé* 1994, 125-140.

<sup>25</sup> Abstraindo de uma modificação mínima de BGB, § 609 a.

<sup>26</sup> Marburger, Peter. *Grundsatzfragen des Haftungsrechts unter dem Einfluss der gesetzlichen Regelungen zur Produzenten- und zur Umwelthaftung* [Questões fundamentais do direito de responsabilidade sob a influência das regulamentações legais da responsabilidade do produtor e pelo impacto ambiental], in: *Archiv die zivilistische Praxis* 192 (1992) 1-34, 14-16.

<sup>27</sup> Ministro da Justiça (ed.). *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts* [Pareceres e Propostas de Atualização do Direito das Obrigações]. Bonn. vols. I e II (1981), vol. III (1983), discutidos extensamente in: *Archiv für die zivilistische Praxis* 182 (1982) 80-125 e 183 (1983) 327-607.

<sup>28</sup> Cf. Will, Michael R. *Die alternde Schuldrechtsreform* [A revisão do Direito das Obrigações em vias de envelhecimento], in: *Kwartaalbericht Nieuw BW* (Deventer: Kluwer) 1987, 112-115.

<sup>29</sup> Ministro da Justiça (ed.). *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts* [Relatório conclusivo da Comissão para a atualização do Direito das Obrigações]. Bonn. 1992, 306 p.

<sup>30</sup> É interessante notar que a tese, segundo a qual para as decisões necessárias sobre "questões fundamentais de política do Direito das Obrigações" o "consenso de política social e econômica" parece ser de momento "demasiado reduzido", foi abandonada diante da história alemã mais recente (reunificação alemã, unidade crescente da Europa). Cf. Fikentscher, Wolfgang. *Schuldrecht* [Direito das Obrigações]. 7ª ed. Berlim; Nova Iorque, 1985 (116 VI 2) e 8ª ed. 1991 (116 VII 1).

<sup>31</sup> Assim Wolf, Ernsr. Kein Abschied von BGB [Nada de despedida do BGB], in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1982, 1-6 bem como 1983, 241-249: contra ele Westermann, Harm Peter. *Verabschiedung oder Überarbeitung des BGB*. [Despedida ou revisão do BGB?], in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1983, 249-258.

<sup>32</sup> Resolução de 26.5.1989, J.O. 1989 n-c 158/400 = *Rebels Zeitschrift* 56 (1992) 320-321. Cf. já Tilmann in: *Festschrift* em homenagem a Oppenhoff (1985) 495 e *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1992, 28; Müller-Graff in: *Müller-Graff/Zulleg* (edd). *Staat und Wirtschaft in der EG* (Estado e economia na CE) (1987), pp. 40 seg., Jayme/kohler in: *IPRax* (Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts) 1991, 361, 363; Ulmer (v. nota 15 supra) 5; Remien (v. nota 15 supra) 280-281.

<sup>33</sup> V. Gandolfi, Giuseppe. *Per un codice europeo dei contratti*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 45 (1991) 781-813 e Ruffini Gandolfi, Maria Letizia. *Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problemi*. In: *Rivista di Diritto Commerciale* 89 (1991) 659-688; Brancattio, *Giustizia, civile* 41 (1991) 371-377; Cordini in: *Revue Internationale de Droit Comparé* 1991, 894-897.

\* Nota do revisor: a palavra alemã *Verwirkung* tem recebido diferenciadas traduções para as línguas latinas. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul o termo comumente empregado é "preclusão", certamente por influência do prof. Clóvis do Couto e Silva, que pioneiramente entre nós tratou do princípio da boa fé (Cf. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português, in: Estudos de direito civil brasileiro e português, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, pp. 43-72, especialmente as pp. 56 e 57). Já Antônio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, na sua famosa tese "Da boa-fé no direito civil" (Coimbra: Almedina, 1984), sugere para a tradução de *Verwirkung* a palavra latina *SUPPRESSIO*, entendendo que esta palavra seria mais precisa, eis que livre de significações jurídicas paralelas (Cf. pp. 797 e 798).